

Medio de Control: NULIDAD
Expediente: 25269-33-33-001-2019-00278-00
Demandante: NIDIA YADIRA GUTIÉRREZ Y OTROS
Demandados: MUNICIPIO DE SASAIMA Y OTRO
Asunto: Auto resuelve medida cautelar

Facatativá, primero (1°) de julio de dos mil veinte (2020)

1. ASUNTO A RESOLVER

Procede el Despacho a resolver sobre la solicitud de medida cautelar de suspensión del acto administrativo Resolución n.º 032 de 15 de noviembre de 2019 expedida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Sasaima, elevada por la demandante dentro del proceso que anuncia el epígrafe.

2. FUNDAMENTOS DE LA SOLICITUD

La demandante solicitó medida cautelar de urgencia, consistente en la suspensión de los efectos jurídicos del acto acusado con fundamento en (i) el concepto de violación contenido en la demanda y, específicamente, (ii) con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

- Señala que la medida solicitada tiene vocación de prosperidad con fundamento en que la solicitud se efectuó en la oportunidad establecida en el art. 277 de la L. 1437/2011, es decir, con la presentación de la demanda y conforme al art. 230 *ibidem*, exponiendo los argumentos necesarios para que el juez infiera, de la confrontación de la norma y el material probatorio, que el contenido del acto es contrario a la ley.
- En el concepto de violación, se invocan los siguientes cargos: (i) violación al principio de publicidad, (ii) violación a los principios de transparencia, mérito, objetividad e imparcialidad, (iii) violación al derecho de acceso a cargos públicos y a la atención al público, (iv) desviación de poder y (v) violación al debido proceso administrativo, principio de legalidad, moralidad administrativa y transgresión de la norma que regula el concurso de personeros específicamente al segundo inciso del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.
- Con respecto al cargo de nulidad por violación al principio de publicidad, señala que la convocatoria para elegir personero municipal para la vigencia 2020-2024 no cumplió con lo dispuesto en la norma ordenadora del concurso, es decir la resolución demandada; puesto que fueron dos los mecanismos que se ignoraron para dar a conocer el mayor número de aspirantes. Toda vez que la

norma dispone –art. 7- que, además de la página *web* y la cartelera de la entidad, se usaría un periódico de amplia circulación para divulgar la misma; sin embargo, dicha publicación no fue realizada y hay ausencia de constancia de publicación en la página *web*.

- A su vez, el cronograma, al tenerse como parte integral del acto administrativo que ordena el concurso, de conformidad con el precitado artículo 7, dispuso que la convocatoria se publicaría por medio de anuncios en emisoras, sin que se especificarán que condiciones o características debería contener el anuncio. Indica la demandante que tal medio de publicidad tampoco fue empleado por el Concejo Municipal actuando en abierta transgresión a las normas que ellos mismos diseñaron.
- En relación con el cargo de violación a los principios de transparencia, mérito, objetividad e imparcialidad, argumenta que el Concejo, no introdujo criterios de valoración entre los aspirantes que permitan elegir al mejor candidato de los posibles para quedarse con el cargo de personero municipal, por cuanto existen contradicciones e incoherencias a partir del artículo 37 de la resolución, en lo relativo a la calificación de antecedentes de los aspirantes.
- Respecto del cargo de violación al derecho de acceso a cargos públicos y a la atención al público, señaló la imposibilidad de realizar la inscripción a través de correo electrónico y en un periodo considerable, con lo cual el Concejo limitó la fase de reclutamiento y violó el artículo 40 de la Constitución Nacional, al impedir que las personas pudieran participar por el acceso a cargos públicos, al establecer parámetros que resultaban nugatorios para lograr la mayor cantidad de aspirantes.
- En lo atinente al principio de legalidad, moralidad administrativa y la norma que regula el concurso de personeros específicamente al segundo inciso del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 (D. 1083/2015), se refieren a la desviación de poder de la Mesa Directiva del Concejo, pues utilizaron una figura contractual dispuesta en la Ley 448 de 1998 (L. 448/1998), reglamentada mediante Decreto 092 de 2017 (D. 092/2017) pero englobada en al artículo 355 de la Constitución, sin cumplir los fines previstos de los Convenios de Asociación, burlando las normas de contratación y sobre todo contratando con una entidad que no posee la idoneidad ni habilitación legal para efectuar los trámites de un concurso de personeros.

3. TRÁMITE

El Despacho admitió la demanda con auto de 16 de enero de 2020 (fl. 137 – 138 c. principal) y en providencia separada, de la misma fecha, ordenó correr traslado de la solicitud de medida cautelar conforme lo dispone el art. 233 de la Ley 1437 de 2011 –L.1437/2011- (fl. 27 y vto. cuaderno medida cautelar), vale decir que en esa providencia el Despacho se abstuvo de adoptar la medida cautelar de urgencia solicitada por la demandante conforme a la motivación expuesta.

4. OPOSICIÓN

La entidad demandada guardó silencio.

5. CONSIDERACIONES DEL JUZGADO

5.1. La suspensión de los efectos del acto administrativo como medida cautelar

En primer lugar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política (CP), “*la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.*”

Así, en desarrollo de dicho precepto, el art. 229 de la L.1437/2011, establece:

“Art. 229.- En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el juez o magistrado ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.
(...)”.

Se encuentra aquí la facultad del Juez para, de considerarlo necesario, atendiendo las particularidades de cada caso y orientado hacia la realización del derecho que se procura proteger, siempre a solicitud de parte, decretar las medidas que estime necesarias de suerte que, durante el debate procesal y de manera provisional (i) se proteja y garantice el objeto del proceso y (ii) quede a salvo la efectividad de la sentencia; esto es, que la solución final tenga la potencialidad de producir un efecto práctico en clave de la materialización del derecho y del orden jurídico.

5.2. Criterios para la procedencia de la medida cautelar de suspensión de acto administrativo en el medio de control de nulidad del art. 137 de la L.1437/2011

El art. 230 *ibídem*, señala que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y entre ellas establece que el Juez podrá “(...) 3º *Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo*”; al respecto, el mismo ordenamiento estableció que:

“Art. 231.- Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en

escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...).”

Frente a la norma, el Consejo de Estado¹, señaló:

“La Ley 1437 del 18 de enero de 2011, reguló como capítulo específico lo relacionado con las medidas cautelares, calificándolas según su contenido, como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión.

El artículo 230 ejusdem, enumeró las medidas cautelares que el juez puede decretar, las cuales proceden por solicitud de parte y en cualquier etapa del proceso, incluso antes de notificarse el auto admisorio, siempre que el operador jurídico las considere necesarias para proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia -sin que dicha circunstancia pueda considerarse como prejuzgamiento-, y advierta una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda, a la luz de la sustentación que realice el petente.
(...).

La nueva norma precisa entonces que: 1º) la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. 2º) Además, señala que esta medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado.
(...).

Atendiendo a tal criterio, es que puede concluirse que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, cuando el debate se centra y limita a la legalidad del acto administrativo, procede luego de (i) contrastar el acto acusado con la norma superior que se supone violada o con las pruebas allegadas y, a partir de dicho análisis, (ii) determinar, con suficiente claridad, que, en efecto, el acto administrativo desconoce la norma superior en que debió sustentarse.

Especial atención a suscitado la carga impuesta a quien solicita la medida cautelar relativa a la debida sustentación de la petición² (art. 229

¹ CE S 5, Auto del 4 de octubre de 2012, e. 11001-03-28-000-2012-00048-00 (2012-0048). MP S. Buitrago.

² Cfr. Respecto a la carga probatoria y argumentativa en el marco de medidas cautelares puede verse: Consejo de Estado, sección primera. Providencia de 11 de marzo de 2014 exp. 2015-00503. MP. G. Vargas. De la providencia se resalta: “La Jurisprudencia ya ha ido señalado que este enunciado debe ser visto como un límite a la autorización que se otorga al Juez para que analice los hechos, las pruebas y los fundamentos del caso, pues es evidente que por tratarse de una primera aproximación al asunto este análisis debe ser apenas preliminar, razón por la cual no puede suponer un examen de fondo o ‘prejuzgamiento’ de la causa []. La carga de argumentación y probatoria que debe asumir quien solicita la medida cautelar, garantizan que el Juez tenga suficientes elementos de juicio para emprender esta valoración sin tener que desplegar un esfuerzo analítico propio de la fase final del juicio ni renunciar ni relevarse del examen más profundo que debe preceder a la sentencia”. (Negrillas fuera del texto).”

L.1437/2011); en la providencia que se cita al pie, el Consejo de Estado llamó la atención en torno a lo **indispensable** que resulta que el solicitante asuma la carga argumentativa y probatoria que la ley le impone; obsérvese que esta exigencia puede analizarse desde dos perspectivas, la del solicitante, que se traduce en una carga procesal impuesta por la ley –art. 229 *ejusdem*- y la del Juez, desde la cual, aquella constituye un límite, pues su abordaje comporta una *primera aproximación* al problema jurídico, el que, claro, no está llamado a resolverse en ese primer momento sino en la sentencia; en consecuencia, si el solicitante no atiende esa carga y con ello incurre en vacíos que exigen al Juez un análisis profundo del asunto, se estaría ante el indeseable escenario del prejuzgamiento, puesto que si el Juez se ve en la necesidad de llenar esos vacíos o de interpretar la solicitud para darle sentido, estaría ya atendiendo el fondo del asunto, es decir, se adelantaría a lo que debe resolverse en el fallo.

Entonces, la solicitud debe (i) justificarse debidamente y (ii) el argumento o el material probatorio aportado, sobre el que repose aquella justificación, debe ser claro y suficiente, al punto de lograr que el Juez, sin mayor esfuerzo, evidencie la contradicción entre la norma acusada de ilegal y el ordenamiento jurídico superior; por lo que no será suficiente la mera opinión o el criterio subjetivo del solicitante.

6. CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta lo expuesto por la jurisprudencia transcrita y dado el carácter que la L.1437/2011 imprime a la solicitud de suspensión provisional, se procederá, tal como lo establece la norma (art. 231 *ejusdem*), al análisis de la violación normativa endilgada a la norma acusada de nula; no obstante, desde ya se anuncia que, en criterio del suscrito, la solicitud de medida cautelar carece de suficiente fundamento y claridad puesto que, como se pasa a explicar, aquella se limita a exponer los reproches que la solicitante tiene frente a las actuaciones posteriores a la expedición de la Resolución n. ° 032 de 15 de noviembre de 2019, sin explicar las razones para entenderla ilegal, al punto que pretermite señalar las normas superiores violadas, reduciendo las premisas de sus argumentos a indicar, como tales, principios constitucionales y legales, sin concretar en la ilegalidad, veamos:

El acto administrativo, objeto de la solicitud de suspensión, corresponde a la Resolución n. ° 032 de 15 de noviembre de 2019 *“Por medio del cual se convoca el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal del municipio de Sasaima – Cundinamarca, para el periodo 2020 – 2024, se reglamenta el procedimiento para su realización y se dictan otras disposiciones”*.

La demandante indicó que el Concejo Municipal de Sasaima, mediante aquella resolución, suscribió la convocatoria para el concurso de méritos para seleccionar el personero municipal para el periodo 2020-2024, celebrando, para ello, un convenio con la Organización de Líderes Territoriales para el Desarrollo –OLTED, cuestionando a la organización

pues señala que aquella carece de la idoneidad suficiente para adelantar el acompañamiento al proceso de selección, contrariando lo normado en el Decreto 1083 de 2015, por lo que lo considera ilegal.

A ello agrega que la vinculación entre OLTED y el Concejo Municipal es ilegal puesto que, en su criterio, es fraudulenta, en la medida en que para soportarla se utilizó la figura de los convenios de asociación contenida en el art. 355 de la CP y con violación de las reglas del Decreto 092 de 2017.

Advierte que OLTED no se limita a ser un mero asesor puesto que las actividades a su cargo inciden en la elaboración y calificación de las pruebas que componen el concurso.

Como puede verse, tales reparos se centran en controvertir y cuestionar la relación contractual o vinculación entre OLTED y el Concejo y las tareas a cargo de OLTED en el marco de la convocatoria; no obstante, aquellos no tienen como objeto, o propósito, desvirtuar el principio de presunción de legalidad del acto administrativo que la demandante supone nulo.

Señala, además, que la participación de los aspirantes al cargo se limitó, puesto que la convocatoria concedió tan solo dos días para adelantar el acto de inscripción y no se dispuso la inscripción vía correo electrónico, *“yendo en contravía de las reglas de accesibilidad y criterio de mérito”*; al respecto se observa que la solicitante pretermitió señalar la norma superior; es decir, la demandante -solicitante- no indicó cual norma de orden superior se viola con dicha disposición.

Si bien, la solicitante hace un esfuerzo de clarificación elaborando un cuadro comparativo para evidenciar la contradicción entre la norma acusada y la norma superior, aquel se limita a indicar situaciones que, en su sentir, constituyen una irregularidad, omitiendo, nuevamente, indicar con rigor la norma que considera violada con la resolución.

Circunstancia similar ocurre cuando la demandante señala los principios violados por la norma controvertida; en efecto, si bien indica la (i) violación al principio de publicidad, (ii) violación al principio de transparencia, mérito, objetividad e imparcialidad, (iii) violación al derecho de acceso a cargos públicos y a la atención al público, (iv) desviación de poder y violación al debido proceso administrativo, el principio de legalidad, moralidad administrativa y la norma que regula el concurso de personeros, en ningún aparte de su escrito señala la norma superior que se infringe.

El anterior escenario supone, entonces, una imposibilidad para que el suscrito pueda efectuar *prima facie* el análisis comparativo de la infracción normativa, la que surge de comparar, o mejor, contrastar la norma acusada de nula con la norma superior en la que debe fundarse, ello por la sencilla pero poderosa razón de que la demandante no señaló con precisión la norma superior, lo cual implica que no es posible efectuar tal contraste.

Es este último aspecto el que permite concluir, a través de un ejercicio de ponderación³, entre, por un lado, los efectos de la suspensión pretendida por la demandante como medida cautelar, frente al principio⁴ de presunción de legalidad, que la medida cautelar resulta inadmisibles.

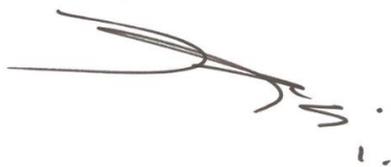
Bastan las anteriores razones para negar la medida cautelar solicitada por la demandante.

En mérito de lo expuesto, el Juez primero Administrativo del Circuito Judicial de Facatativá,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la medida cautelar solicitada por la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MAURICIO LEGARDA NARVÁEZ
JUEZ

I/00

³ Cfr. Módulo de Formación Judicial de Interpretación Constitucional. D. López. VII Curso de Formación Judicial Inicial para Jueces y Magistrados. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. 2017.

⁴ Principios entendidos como mandatos de optimización, esto es, “normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas”. Derecho y Razón Práctica, R. Alexy. Ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política. 2002. Pg. 9 y ss.